



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

JÚLIA PAURO OLIVEIRA
Matrícula 09/98133

***SHAM LITIGATION*: A INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO NORTE AMERICANO
AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
CADE**

BRASÍLIA/DF
2013

JÚLIA PAURO OLIVEIRA

***SHAM LITIGATION*: A INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO NORTE AMERICANO
AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
CADE**

**Monografia apresentada ao final do curso
de graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito para obtenção do grau em
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Othon de
Azevedo Lopes**

**BRASÍLIA/DF
2013**

JÚLIA PAURO OLIVEIRA

***SHAM LITIGATION: A INCORPORAÇÃO DO INSTITUTO NORTE AMERICANO
AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
CADE***

**Monografia apresentada ao final do curso
de graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito para obtenção do grau em
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Othon de
Azevedo Lopes**

Banca Examinadora:

**Prof. Doutor Othon de Azevedo Lopes
Orientador**

**Prof. Doutor Paulo Burnier da Silveira
Integrante da Banca Examinadora**

**Prof. Doutor Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Integrante da Banca Examinadora**

**Prof. Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Integrante da Banca Examinadora**

**BRASÍLIA/DF
2013**

*À memória de meu avô Valério Pauro, cujo
caráter inquestionável e amor incondicional à
família sempre me serviram de rijo alicerce*

AGRADECIMENTOS

Acredito que agradecimentos nunca exprimem a real vontade que os perpaça. Mesmo assim, seria um disparate não registrar minha gratidão para com aqueles que, de alguma forma, me ajudaram a chegar até aqui.

Primeiro, apesar de clichê, aos meus pais, que sempre me incentivaram a sonhar longe e a buscar meus ideais. Forneceram todo o apoio e o suporte de que eu precisava para enfrentar desafios e, mais do que isso, sempre me serviram como modelos de pessoas honestas, íntegras e batalhadoras. Agradeço, assim, por terem me entregue todo seu amor e carinho.

Ao meu irmão, que, apesar das intrigas e discussões, sempre foi meu companheiro e meu aliado na superação das inquietudes da juventude.

A todos os professores da Universidade de Brasília, cuja docência foi indispensável à minha formação acadêmica. Sobretudo, ao Professor Othon de Azevedo Lopes que me orientou na elaboração deste estudo.

Aos meus amigos, que me aguentaram em momentos difíceis ou tristes, celebraram momentos de euforia e estiveram presentes nos momentos marcantes da minha vida. Refleti bastante se deveria ou não nomear cada uma dessas importantes peças do quebra-cabeça que compõe minha vida e, com medo de ser traída pela memória, optei pela remissão genérica. Entretanto, há uma pessoa cuja menção faço questão e não por outro motivo que não por ter sido minha mentora em diversos aspectos, seja pessoal ou profissional. A Larissa Benevides Gadelha agradeço a irmandade e a força inspiradora.

A todos os integrantes do escritório de advocacia Torreão Braz Advogados, onde, além de ter feito verdadeiras amizades, tive minha primeira experiência profissional, cuja contribuição para meu crescimento pessoal foi indubitável.

Aos componentes da Advocacia José Del Chiaro, essenciais ao meu desenvolvimento diário.

Para usar um jargão americano, *last but not least*, ficam os mais sinceros agradecimentos aos padrinhos Maria Augusta Fidalgo e José Del Chiaro Ferreira da Rosa, chefes que me apresentaram ao Direito da Concorrência, área pela qual me apaixonei, e, acima de tudo, apostaram no meu potencial e me deram a chance de mostrar a profissional que posso ser.

APRESENTAÇÃO

fruto de uma inquietude, até mesmo por desconhecimento do assunto, que surgiu a partir de uma experiência profissional. Ao me deparar com um caso envolvendo acusações de *Sham Litigation*, percebi que ainda há uma insegurança jurídica no que concerne ao tema, notadamente, a abrangência do instituto, sua guarida no ordenamento jurídico brasileiro e os padrões de prova para comprovação da conduta.

Quais atitudes se enquadram no conceito de *Sham Litigation*? Como comprovar sua prática? Qual sua ligação com o instituto da litigância de má-fé do ordenamento jurídico brasileiro? Quais os limites ao exercício do direito de petição? Quando há abusividade na conduta? Como restringir o exercício de um direito constitucional sem escudar ilícitos de um particular? Enfim, essas foram apenas algumas das perguntas que logo surgiram em minha mente quando me deparei com o assunto. Ao questionar colegas de trabalhos, experientes e com larga instrução no assunto, percebi que o tema ainda paira sobre uma instabilidade considerável não só no Brasil, mas também em países como os Estados Unidos, local onde o tema foi pioneiramente estudado.

Essa instabilidade foi a força motriz do presente trabalho, em que procurou-se analisar a origem e os parâmetros de aplicação do *Sham Litigation* no local de seu surgimento, para, a seguir, analisar-se como se deu sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio, qual o arcabouço legal que fundamenta sua reprimenda e, por fim, como a autoridade antitruste brasileira tem lidado com o assunto, a partir da análise jurisprudencial.

Quando comecei a escrever este trabalho acreditava que conseguiria estabelecer critérios que, se seguidos passo a passo, permitiriam ao julgador chegar a uma conclusão certa se houve ou não exercício abusivo do direito de petição, com finalidade anticoncorrencial. O que percebi, ao final, foi a impossibilidade de se estancar padrões de prova do ilícito concorrencial, o que confere ao julgador uma perigosa, entretanto essencial, discricionariedade. Perigosa, porque pode-se limitar em excesso a garantia constitucional do direito de peticionar, ainda que sem razão, ou, no outro extremo, escudar ilícitos anticompetitivos, em detrimento da livre concorrência e do bem estar do consumidor. Essencial, porque a dinâmica das relações sociais e a engenhosidade cada vez mais complexa da atuação dos agentes de mercado pode conferir uma indesejada imunidade à ilícitos antitrustes, caso se estabeleça padrões estanques de caracterização da conduta.

RESUMO

Tema que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem enfrentado com frequência é a prática denominada *Sham Litigation*. O instituto oriundo da análise causuística do direito norte americano se relaciona ao exercício abusivo do direito de acionar as instâncias governamentais, seja a esfera administrativa ou judicial, com fins eminentemente anticompetitivos. Isso quer dizer que há a utilização de maneira fraudulenta de uma garantia instituída no texto constitucional, como massa de manobra para prejudicar concorrentes de mercado.

Primeiramente, o prejuízo ocasionado afeta diretamente a empresa alvo da conduta, que se vê obrigada a desviar investimentos e esforços destinados originalmente ao desenvolvimento de suas atividades econômicas, para sua defesa e manutenção no mercado. Disso decorre que, em um segundo momento, esses efeitos negativos ocasionados pelo abuso do direito de petição, com finalidades espúrias, se transferem aos consumidores, que acabam privados do lançamento de novos produtos, incremento das técnicas utilizadas, aprimoramento dos materiais empregados, frutos da saudável concorrência entre os agentes de mercado. Assim, nota-se que a garantia constitucional do direito de petição, se exercida de forma irrestrita e sem limites, acaba por mascarar uma conduta ilícita, que reflete, em última análise, no bem estar do consumidor.

Nesse trabalho, inicialmente será feito um estudo dos casos norte americanos em que se analisou o exercício abusivo do direito de petição com fins anticompetitivos, para a compreensão do contexto do surgimento do instituto do *Sham Litigation*. Um segundo momento destinar-se-á ao aprofundamento das normas do direito brasileiro que abarcam o instituto e permitem sua reprimenda. Por fim, recorrer-se-á à jurisprudência brasileira, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na tentativa de se identificar qual tratamento tem sido conferido pelas autoridades locais ao assunto e quais os critérios de comprovação do *Sham Litigation* no Brasil.

Ao final, será possível observar que *Sham Litigation* tem suscitado diversos debates pela autoridade de defesa da concorrência brasileira, em razão principalmente da dificuldade de se estabelecer padrões de prova contundentes que evidenciem a prática abusiva e por envolver restrições a direitos fundamentais encampados na Constituição.

Palavras-Chave: *Sham Litigation*. Origem. Abuso de direito. Litigância de má-fé. Livre concorrência. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

ABSTRACT

Brazilian Antitrust Authorities have recently faced complex cases involving the practice of *Sham Litigation*. The institute has its origin in the casuistic analysis by the North American Supreme Court of abusive exercise of rights, whether in administrative or judicial spheres, with eminently anticompetitive purposes.

The Sham Litigation is defined as the fraudulently practice of constitutional guarantees to harm rivals. First, the damage affects the target company, which is forced to divert investments and efforts intended originally to develop its economic activities for its defense and maintenance in the market. In a second stage, these negative effects caused by the abuse of the right of petition with spurious purposes are transferred to consumers who end deprived of new products, increased techniques and improved materials, fruits of healthy competition among market players. Thus, we note that the constitutional guarantee of the right of petition when unrestricted masks a wrongful conduct that reflects ultimately on consumer welfare.

This paper will first appeal to cases involving the abusive exercise of the right of petition with anticompetitive purposes sentenced by the North American Supreme Court. A second phase will demonstrate how Brazilian law restrains the practice. Finally, the study of the Brazilian jurisprudence will demonstrate how the local authorities identify the *Sham Litigation* and fight against it.

At the end, it will be noticed that the *Sham Litigation* has instigated many debates by the Antitrust Authorities in Brazil mainly due to the difficulty in establishing standards which evidence the abuse and also due to the difficulty in establishing restrictions on fundamental rights.

Keywords: Sham Litigation. Origin. Abuse of rights. Bad Faith. Competition. Brazilian Antitrust Authority.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ORIGEM DO <i>SHAM LITIGATION</i>.....	11
2.1.1 <i>Eastern Railroad Presidents Conferece v. Noerr Motor Freight</i>	11
2.1.2 <i>United Mine Workers of America v. Pennington</i>	12
2.1.3 <i>California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited</i>	13
2.1.4 <i>Professional Real Estate Investors, Inc. v Columbia Pictures Industries, Inc.</i> 50 (PRE).....	15
2.2 Evolução jurisprudencial.....	16
3. DA INCORPORAÇÃO DO <i>SHAM LITIGATION</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA DEFINIÇÃO DE ABUSO DE DIREITO	18
4. DA JURISPRUDÊNCIA DE <i>SHAM LITIGATION</i> NO SBDC	27
4.1 <i>SEVA Engenharia Eletrônica S/A v. Siemens VDO Automotive Ltda. (Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51)</i>	27
4.2 <i>Anfape v. Montadoras de Automóveis (Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51)</i>	38
5. CONCLUSÃO.....	44
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

Sham Litigation ou *Sham Exception*, como também o instituto é chamado, é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial. Em outras palavras, é a litigância predatória ou fraudulenta, com efeitos anticompetitivos, mediante o uso impróprio das instâncias judiciárias e dos processos governamentais adjudicantes contra rivais de mercado.¹

O conceito original do *Sham Litigation* surgiu como exceção à doutrina *Noerr-Pennington*, que concedia imunidade de aplicação da legislação antitruste ao exercício do direito de petição. A finalidade da *Noerr-Pennington Doctrine* reside no não constrangimento do direito de petição, como importante canal de comunicação entre os indivíduos e o Estado. Em outras palavras, em razão de seu caráter eminentemente político, o direito de petição encontra proteção na *Noerr-Pennington Doctrine* contra a interferência antitruste, que, por sua natureza, não poderia obstar qualquer manifestação política dos cidadãos junto às autoridades governamentais.

A proteção conferida ao direito de petição dos cidadãos norte-americanos encontra respaldo na Primeira Emenda à Constituição Americana, que, ao reforçar os ideais de democracia representativa, defende a conservação de um canal livre pelo qual o particular pode influenciar diretamente o Poder Público, sem qualquer empecilho, incluindo as leis antitrustes. Disso decorre que qualquer petição dentro desse ideal de democracia representativa e de acesso ao Poder Público por meio do direito de petição estaria imune às leis de defesa da concorrência.

Para que fique mais claro os contornos do conceito de *Sham Litigation*, os parâmetros de sua caracterização e as hipóteses de cabimento da *Noerr-Pennington Doctrine*, passa-se a analisar os casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte Norte Americana que estabeleceram os contornos dessa atuação.

¹ KLEIN, Christopher C. **The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases And Policy**. Bureau of Economics Staff. Report to the Federal Trade Commission, 1989. Disponível em: [HTTP://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf](http://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf). Acessado em 10 de dezembro de 2012

2. ORIGEM DO *SHAM LITIGATION*

O presente capítulo destina-se à análise dos casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte Norte Americana, os quais deram origem ao instituto do *Sham Litigation* e estabeleceram o espectro de sua aplicação.

2.1.1 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*

O caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* trata de uma associação de ferroviárias que realizou campanhas publicitárias com o objeto de impedir a aprovação de legislação benéfica aos caminhoneiros.

Em resposta, as companhias de caminhoneiros ingressaram em juízo contra as ferroviárias, acusando-as de conspiração na tentativa de monopolizar o mercado de transporte de carga por longa distância, bem como de tentar barrar a concorrência. Defenderam que as campanhas publicitárias deflagradas pelas ferroviárias tinham o objetivo de incentivar não só a adoção de medidas governamentais que poriam fim ao transporte de carga por longa distância por caminhões, como também de denegrir a imagem dos caminhoneiros perante a sociedade em geral.

As ferroviárias, em sua defesa, admitiram a realização de campanha publicitária para influenciar a aprovação de leis estaduais relativas aos limites de peso dos caminhões e às taxas cobradas sobre os veículos pesados, além de encorajar uma aplicação mais rígida das leis estaduais que penalizassem caminhões cuja carga excedesse de peso. Entretanto, negaram que tal campanha tinha como objetivo excluir do mercado de transporte de cargas os caminhoneiros. Segundo as ferroviárias, a campanha foi realizada em prol do direito de informar ao público em geral o dano causado às estradas por parte dos veículos pesados e especialmente caminhões com excesso de peso.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte Norte Americana sopesou, de um lado, o objetivo da lei antitruste (*Sherman Act*) e, de outro, direitos e garantias constitucionais atreladas ao livre exercício do direito político de petição. Sendo assim, decidiu a favor das ferroviárias, ao reconhecer que (i) o *Sherman Act* não proíbe esforços para influenciar a aprovação de leis e; (ii) na medida em que denegrir a imagem dos caminhoneiros era parte da estratégia de influenciar a legislação, era direito também assegurado.

O Tribunal também enfatizou que é irrelevante o motivo por trás do requerimento das ferroviárias, qual seja, a eliminação de concorrentes. Isso porque os indivíduos detêm o

direito de informar seus desejos aos representantes governamentais, no que tange à aprovação ou execução de leis, sejam eles quais forem.

O Tribunal de Justiça reconheceu, no entanto, que há situações em que, apesar de aparentemente servir para acionar a ação governamental, o ajuizamento de ação judicial é apenas uma farsa para cobrir o que é, na verdade, nada mais é do que uma tentativa de interferir diretamente na atuação do concorrente. Em tais situações, a aplicação das leis antitruste seria apropriada e também necessária.² A despeito de tal observação, não indicou ou exemplificou quais seriam as situações que reclamariam a intervenção antitruste, como limite ao exercício de petição.

Em suma, a Suprema Corte afirmou que os esforços de indivíduos ou grupos para influenciar qualquer das esferas de poder, mesmo que tivesse como consequência a produção de medidas anticompetitivas, não seriam ilegais, mas, diversamente, estariam amparados no direito constitucional de peticionar, já que tais efeitos seriam inerentes à própria atividade política dos cidadãos.

2.1.2 United Mine Workers of America v. Pennington

Quatro anos depois, a Suprema Corte aplicou os mesmos princípios ao caso *United Mine Workers of America v. Pennington*. Em *Pennington*, o Tribunal reiterou a proteção *Noerr* e mais, estendeu a imunidade antitruste para além da esfera legislativa.

O caso iniciou-se a partir da demanda judicial instaurada pelo sindicato de mineiros em conjunto com diversas grandes mineradoras da indústria de carvão, reivindicando a fixação de um salário mínimo aos trabalhadores de empresas que comercializavam seus produtos com a agência federal, *Tennessee Valley Authority*. O resultado da política requerida seria a eliminação de pequenas mineradoras que, impossibilitadas de praticar os salários mínimos sugeridos pelas concorrentes, estariam excluídas do mercado.

Baseando-se exatamente nesse potencial efeito de fechamento de mercado, as mineradoras de pequeno porte se insurgiram contra o sindicato, alertando as autoridades para o dano à rivalidade que a fixação de patamares mínimos de remuneração aos mineradores causaria no setor.

² 365 U.S. 127 (1961). Neste julgamento, a Corte sugeriu que o direito de buscar ação governamental poderia sofrer exceções: “*There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified.*”

Ao analisar a matéria, a Suprema Corte novamente preteriu a proteção antitruste em face dos valores consagrados pela *First Amendment*, no que toca ao direito de petição, ao reiterar que é irrelevante para a análise *Noerr* se as partes procuram ou não a atuação do aparato estatal para exclusão de rivais. “*Reunir esforços para influenciar autoridades públicas não viola leis antitruste, ainda que visem a eliminação de competição.*”³

2.1.3 *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*

Em *Califórnia Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, um grupo de transportadoras de rodovia estadual processou transportadoras interestaduais, por violação à legislação antitruste, sob argumento de que houve conspiração para a instituição de procedimentos, cujo escopo era unicamente impedir que as operadoras estaduais adquirissem autorização de funcionamento.

A Suprema Corte em seu julgamento ponderou que o acesso aos tribunais e órgãos administrativos é um aspecto do direito de petição e, portanto, a proteção *Noerr*, via de regra, se estende também a esforços de ingerência no processo legislativo e política executiva. A despeito disso, salientou que, no caso específico, a conduta reclamada efetivamente barrou o acesso das transportadoras estaduais às agências governamentais, conduta esta que foi considerada exceção à proteção *Noerr* (daí o nome *Sham Exception* ou *Sham Litigation*). Isso porque o direito de petição ao Poder Público foi utilizado de maneira abusiva, com o exclusivo propósito de barrar a concorrência.

Apesar de não ter claramente definido quais os parâmetros utilizados para a caracterização de um comportamento como *Sham Exception*, a Suprema Corte estabeleceu que o princípio de liberdade de expressão envolvido pelo direito de petição não pode ser utilizados como escudo contra condutas ilícitas.⁴

³ 365 U.S. 127 (1961). Tradução livre de: “*Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition.*”

⁴ 404 U.S. 508 (1972). Tradução livre de: “*(...) a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents form access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of ‘political expression.’*”

A aplicação da imunidade *Noerr* deve, pois, levar em consideração o contexto e a natureza da atividade reclamada, bem como a política governamental envolvida:

Em suma, a aplicação da imunidade *Noerr* deve ser determinada pelo particular contexto e pela natureza da ação, bem como pelos procedimentos governamentais envolvidos na questão e não apenas pelos processos legislativos, administrativos ou adjudicatórios envolvidos.⁵

A esse respeito, KINTER e BAUER sublinham dois importantes critérios para aplicação da *Sham Exception*:

Se o objetivo do litigante, na busca pela ação governamental, não é definitivamente o resultado do provimento jurisdicional, mas sim prejudicar seu concorrente ou obter uma vantagem competitiva, então, petições podem ser caracterizadas como uma farsa. Por outro lado, mesmo que o litigante de fato almeje a ação governamental demandada, certos meios para obtenção de sua pretensão são tão impróprios que estão além da esfera da atividade política para fins de defesa da concorrência.⁶

Além da relevância conferida à intenção da conduta e aos meios empregados na ação do requerido, a Suprema Corte identificou pelo menos outras quatro formas de comportamentos ilícitos que poderiam indicar a presença de *Sham Litigation*, dentre as quais: o falso testemunho; o uso de uma patente obtida por fraude para excluir um concorrente do mercado; o conluio com autoridade pública para eliminar concorrentes; e o suborno de um agente público.

Para além dos critérios estabelecidos em *Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, no qual o requisito subjetivo da intenção do agente ganhou importante relevo, parâmetros objetivos também foram trazidos por julgados posteriores, com o intuito de auxiliar a identificação de *Sham Litigation*, como utilização de informação falsa ou utilização de alegações infundadas; o grande número de processos instaurados (muito embora já se tenha

⁵ Tradução livre de: “*In sum, then, the applicability of Noerr immunity should in every instance be determined by the particular ‘context and nature of the activity’ and governmental processes in question, and not simply by the legislative, administrative, or adjudicatory labels applied to those activities and processes.*”

The Noerr-Pennington Doctrine. Chapter VI. What Do We Mean By “Generally Immune”? The Exceptions to the Immunity. Disponível em http://www.ccsb.com/pdf/Publications/Antitrust/Noerr_Pennington_Doctrine.pdf. Acessado em 15.02.2013, p. 95

⁶ 404 U.S. 508 (1972). Tradução livre de: “*If the defendant’s goal in seeking governmental action is not the action at all, but rather to injure its competitor or to obtain a competitive advantage, then the defendant’s petitioning may properly be characterized as a sham. On the other hand, even if the defendant truly wants the governmental action sought, certain means of attempting to obtain that relief are so improper that they are beyond the realm of political activity for antitrust purposes.*”

caracterizado *Sham Litigation* a partir da instauração de uma única demanda); reutilização de demanda que já tenha se mostrado improcedente.⁷

2.1.4 *Professional Real Estate Investors, Inc. v Columbia Pictures Industries, Inc.* 50 (PRE)

Os parâmetros de aplicação da doutrina *Noerr-Pennington* e consequentemente de suas exceções permaneceram indefinidos, mesmo após a análise do caso *Califórnia Motor*. Este caso foi seguido por uma série de decisões conflitantes e não uniformes dos tribunais norte-americanos, na tentativa de se definir quais comportamentos estariam ou não abarcados pela imunidade antitruste, seja a partir da análise subjetiva da intenção do agente, seja a partir de critérios mais objetivos, com base na razoabilidade da conduta, ou até mesmo a partir da conjugação de ambos.

Essa indefinição levou a uma insegurança jurídica no que diz respeito à aplicação do instituto, a qual pairou até o ano de 1993, quando a Suprema Corte reconheceu a inconsistência que envolvia o *Sham Litigation*, no caso *Professional Real Estate Inventors, Inc v. Columbia Pictures Industries, Inc. 50 (PRE)* e finalmente estabeleceu critérios claros de aplicação da imunidade à legislação antitruste.

Em PRE, a Suprema Corte decidiu que a intenção do agente não era suficiente para caracterizar fraude, como determinado pela doutrina *Noerr-Pennington*, que confere proteção antitruste independente da intenção ou do propósito do reclamante. Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte Norte Americana defendeu que o exame de aplicação da *Noerr Doctrine* deve ter tanto um componente subjetivo, quanto um componente objetivo, e adotou uma definição de farsa em oposição à noção de causa provável. Explica-se, a comprovação da farsa exigia a prova da falta de causa provável para instituir ação judicial (critério objetivo), bem como fins maliciosos do agente (critério subjetivo).

Como resultado, desenvolveu um método de verificação de litígio simulado, que ficou conhecido na doutrina e na jurisprudência como PRE-Test. A primeira análise realizada no PRE-Test diz respeito à plausibilidade ou não do direito litigado. Assim, para se caracterizar como farsa, o litígio deve ser infundado, ou seja, nenhum litigante razoável poderia ter a expectativa de ser bem sucedido em seu mérito.

⁷ LIN FIDELIS, Andressa. *Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Disponível em <http://www.sbdp.org.br>. Acessado em 15.02.2013

Se e somente se a resposta às expectativas de êxito da demanda for negativa, passa-se ao segundo nível da análise, em que se avalia se o mérito da intentada judicial é, de fato, subjetivamente infundado. Sob o aspecto subjetivo, a Corte deve verificar se os fatos do caso levam à conclusão de que o processo nada mais é do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais do concorrente de mercado, por meio da utilização do aparato governamental como instrumento anticompetitivo, e não o ganho da causa em si.

Assim, teríamos que, no *Sham Litigation*, o propósito do requerente não é obter julgamento favorável contra um adversário, mas perturbá-lo e excluir do mercado os demais, por meio do próprio processo simulado, independentemente de seu resultado. O entendimento do Tribunal no caso também rejeitou o entendimento proferido anteriormente, segundo o qual a demanda simulada poderia ocorrer se as reivindicações fossem apresentadas com ou sem causa provável. O Tribunal declarou ainda que, mesmo que tanto os critérios objetivo e subjetivo fossem atendidos, a parte que alega fraude deve comprovar a existência de violação à legislação antitruste, para se caracterizar a conduta.

2.2 Evolução jurisprudencial

A partir da sucessão de casos analisados pela Suprema Corte Norte Americana, conforme descrito acima, nota-se uma evolução nos parâmetros de prova para a caracterização de *Sham Litigation*.

Primeiro, em *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* (1961), conferiu-se proteção irrestrita ao direito constitucional de petição, como canal de acesso do indivíduo às instâncias governamentais. Assim, reconheceu-se que o *Sherman Act* não proíbe esforços para influenciar a aprovação de leis, ainda que daí decoram efeitos negativos ao mercado. A conclusão a que se chega da análise do caso é que os indivíduos detém o direito de informar seus desejos aos representantes governamentais, no que tange à aprovação ou execução de leis, sejam eles quais forem.

Em *United Mine Workers of America v. Pennington* (1965) mais uma vez a Suprema Corte Norte Americana declarou que não importa para a análise Noerr se as partes procuram ou não a atuação do aparato estatal para exclusão de rivais, já que despender esforços para mobilizar autoridades públicas não viola leis antitrustes. Todavia, reconheceu que há casos em que o direito de buscar ação governamental pode sofrer exceções, apesar de não ter aprofundado o assunto.

Posteriormente, reconheceu-se que o direito de petição não pode ser utilizado para mascarar condutas ilícitas e que a aplicação da Doutrina *Noerr* deve levar em consideração a intenção da conduta, bem como os meios empregados pelo requerente. Assim, nota-se que, no caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* (1972), a Suprema Corte Norte Americana conferiu importância à análise do contexto e da natureza da atividade reclamada.

Por fim, estabeleceu-se o PRE-Test, quando da análise de *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*⁵⁰ (PRE) (1993). Segundo a Suprema Corte, além da intenção do agente, há parâmetros objetivos que auxiliam a identificação de *Sham Litigation*. Tais parâmetros foram sistematizados no seguinte método de verificação de litígio simulado, que ficou conhecido na doutrina e na jurisprudência como PRE-Test: (i) verificação da plausibilidade do direito litigado. Para se caracterizar como farsa, o litígio deve ser infundado, ou seja, nenhum litigante razoável poderia ter a expectativa de ser bem sucedido em seu mérito; e (ii) análise do mérito da intentada judicial. Caso seja, de fato, subjetivamente infundado, ou seja, se verificar-se que o processo nada mais é do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais do concorrente de mercado, por meio da utilização do aparato governamental como instrumento anticompetitivo, e não o ganho da causa em si, tem-se abuso do direito de petição, com fins anticompetitivos.

Da análise da evolução jurisprudencial acima descrita, percebe-se que a Doutrina *Noerr* foi paulatinamente excepcionada, para dar lugar ao reconhecimento dos casos em que o particular, sob o pretexto de regular exercício do direito político de acionar as instâncias governamentais, pratica ilícito antitruste para excluir seu rivais de mercado.

Todavia, verifica-se que os critérios de comprovação de *Sham Litigation* foram estabelecidos de forma bastante generalizada, eis que dependem da análise das especificidades de cada caso e da avaliação dos tribunais a respeito dos fatos e provas que instruem o processo. Assim, apesar dos esforços da doutrina e da jurisprudência norte-americana, ainda é muito difícil se estabelecer critérios e padrões de provas contundentes para a comprovação do abuso de direito de ação com finalidade anticompetitiva.

3. DA INCORPORAÇÃO DO *SHAM LITIGATION* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA DEFINIÇÃO DE ABUSO DE DIREITO

Todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado tem acesso à Justiça para obter do Estado, a tutela adequada, a ser exercida pelo Poder Judiciário. Nisso consiste a denominada tutela jurisdicional, por meio da qual o Estado assegura a manutenção do império da ordem jurídica e da paz social nela fundada.⁸

Essa citação de HUMBERTO THEODORO JUNIOR evidencia que, no Brasil, à semelhança do *Noerr-Pennington Doctrine*, litigar é um direito fundamental que constitui um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, cujo assento encontra-se na Constituição:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Atrelado ao direito de petição, encontra-se o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV também do texto constitucional:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Vê-se claramente que o ordenamento jurídico brasileiro assegura ao indivíduo a provocação do Poder Judiciário e outras esferas do Poder Público, para a proteção de direitos substantivos. Inclusive, essa provocação das autoridades governamentais se dá independentemente de assistir ou não razão ao solicitante.

Ocorre que o exercício de tais garantias não é e nem deve ser irrestrito. O direito de ação exige uso responsável, eis que só faz sentido na medida em que respeitados os limites e valores do sistema processual. O próprio Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento de que as garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça de direito, reclamam, para seu exercício, a observância do que preceitua o ordenamento processual.⁹

Aliás, não só o direito de petição reclama seu uso consciente, mas todos e quaisquer direitos subjetivos, como forma até mesmo de legitimar os interesses de seu titular. Nesse sentido, os ensinamentos de BRUNO MIRAGEM:

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66

⁹ STF, Pet 4556 AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.06.09, Plenário, DJE de 21.08.09

É correto observar que como garantia dos direitos subjetivos, até para reforçar-lhes a legitimidade, deve-se de algum modo vincular o seu exercício a uma finalidade socialmente útil, ou pelo menos, não reprovável. Sob pena de, caso isso não ocorra, ter-se nos direitos subjetivos não um modo de realização de interesses legítimos de seu titular, mas de atuação antissocial, o que certamente é rejeitado pelo ordenamento jurídico e pela própria idéia de Direito, desde o direito romano como se percebe de célebre brocado *summum jus, summa injuria*. Não é de se pensar, evidentemente, que o ordenamento que não dispõe de regras positivas de limitação ao exercício dos direitos subjetivos estaria fadado a assistir abusos. Tampouco, no caso específico de um determinado direito subjetivo, que a ausência de norma expressa dando conta dos estritos limites do exercício do direito, signifique que este seja exercido indiscriminadamente. Evidente seria o absurdo de qualquer afirmação nesse sentido, até porque o princípio de que parte o presente estudo é, exatamente, de que o ordenamento jurídico deve oferecer ao intérprete e ao aplicador da lei instrumentos de adequação do direito posto aos fins do Direito, tendo estes em acordo como a idéia kantiana de convivência do arbítrio de uns com o arbítrio de outros, cuja finalidade fundamental a ser alcançada é a promoção da justiça.¹⁰

Assim, se de um lado encontramos os direitos fundamentais de livre acesso às instâncias governamentais, de outro, nos deparamos com os limites impostos pelo que vem a ser seu exercício regular que define quando há ou não abusividade na ação.

A origem da teoria do abuso de direito remete ao final do século XIX, com forte inspiração na teoria dos atos emulativos, que rejeitava o exercício de poderes políticos de modo egoísta, com a finalidade exclusiva de causar dano a outrem, sem percepção de qualquer vantagem ou utilidade para si.

O Direito brasileiro não conheceu, desde seu princípio, a categoria do abuso de direito. A rigor, sua concepção surgiu no Brasil, antes de tudo, como uma construção doutrinária, já que, no Código Civil de 1916, simplesmente inexistia previsão normativa acerca dos atos abusivos. Há uma forte suposição de que tal omissão não foi um descuido, mas sim um compromisso com o individualismo, pois, na época, a teoria do abuso de direito já estava bem difundida nos países europeus.

A solução encontrada pelos juristas e aplicadores do direito foi, então, a interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I, do Código Civil de 1916, segundo o qual não constituem ilícito os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido:

Art. 160 - Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36;

Nesse sentido, a observação de ANA FRAZÃO DE AZEVEDO LOPES:

Se realmente ocorreu uma omissão intencional do legislador, quanto ao acolhimento expresso da teoria do abuso, esta não foi suficiente para impedir a aplicação do instituto, pois a doutrina logo começou a entender que a proibição do abuso decorria da interpretação a contrario sensu do art. 160, I, do Código Civil. Se este dispositivo afirmava não ser ato ilícito aquele decorrente do exercício regular de um direito, a conclusão contrária seria a de que o exercício irregular de um direito seria ato ilícito.¹¹

Tratava-se de interpretação lógica, uma vez que, se estabelecido que não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido, reconhecia-se como ilícito o seu exercício irregular. Todavia, a consagração desse critério gerava discussão em torno da definição conceitual do que se considerava regularidade do exercício. Ensina a respeito Maria Amália Dias de Moraes que, quando o titular do direito subjetivo, no uso das prerrogativas que lhe competem, circunscreve sua atuação aos limites naturais vinculados ao conteúdo do próprio direito, respeitando os limites os ditames da boa-fé e atentando ao destino econômico social do direito, diz-se que o exerceu regularmente.¹²

O Código Civil de 2002 consagrou a teoria do abuso de direito, em seu art. 187, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Da redação do artigo acima transcrito se extrai o conceito do abuso de direito, recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a saber, ato originariamente autorizado pela norma, mas que na sua concretização viola o Direito. Em outras palavras, é abusivo o ato que se transmuda da licitude à irregularidade, pela circunstância do exercício. Disto decorre que são dois os requisitos para a configuração do abuso do direito, segundo o que dispõe o art. 187 do Código Civil brasileiro: (i) o exercício de direito próprio; (ii) violação dos limites objetivos, a saber, fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes:

A análise da ilicitude do abuso de direito passa por dois momentos distintos: um prévio, estático, de conformidade com o direito e, inclusive, legitimado no ordenamento jurídico (a titularidade de um direito subjetivo previsto no ordenamento); e, um segundo, dinâmico, de

¹¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade - Função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 83

¹² MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 99

exercício do direito contra limites ou preceitos estabelecidos pelo mesmo ordenamento.¹³

Ocorre que, desde o princípio da teria do abuso de direito, é patente a acentuada preocupação com os critérios que determinam o reconhecimento do ato abusivo. Isso porque a finalidade econômica ou social do direito, a boa-fé e os bons costumes são conceitos plurissignificativos, cuja amplitude e abrangência, exigem atividade hermenêutica razoável com o ordenamento jurídico vigente e, acima de tudo, com os padrões de conduta socialmente desejáveis:

Trata-se de conceitos cujo significado, em maior ou menor grau, é desenvolvido pela doutrina jurisprudência nacional e comparada para efeito do controle da atuação jurídica e seu cotejo com os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes são conceitos plurissignificativos, indeterminados, cujo adensamento de seu sentido e significado estão associados ao trabalho da doutrina e da jurisprudência. Expressam, igualmente, em seu sentido atual, *standards* de conduta socialmente desejadas, na medida em que o respeito aos mesmos, na qualidade de limites ao exercício de direitos subjetivos representam espécie de legitimação do exercício dos poderes e faculdades estabelecidos pelo ordenamento.¹⁴

O autor ressalta ainda que os limites estabelecidos pelo art. 187 assumem importante função no que se poderia considerar como espécie de teoria dinâmica dos direitos subjetivos, ou seja, que leva em consideração não a sua concepção estática, como previsão normativa, senão como parâmetros dinâmicos do exercício dos poderes, faculdades, interesses e demais virtualidades integrantes de um direito subjetivo por seu titular. Assim, o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes assumem a natureza de *standards* de conduta e de paradigmas para o exercício regular dos direitos, uma eficácia positiva que orienta tanto o titular do direito, ao exercê-lo, quanto o juiz, na avaliação do que seria a conduta individual correta no exercício daquele direito.

A incidência da cláusula geral do abuso do direito parte do pressuposto que o direito subjetivo, em princípio regular, torna-se irregular pelo exercício desviado, desmesurado, excessivo ou irrefletido do seu titular. Daí emerge o fundamento que autoriza a limitação do exercício dos direitos subjetivos. A competência para essa limitação, contudo, não pertence ao prejudicado ou a qualquer interessado direto na relação jurídica em que se desenvolve o abuso, senão ao juiz. É ao juiz que é dado conhecer a existência ou não do abuso, permitindo-

¹³ Idem, Ibidem, p. 83

¹⁴ Idem, Ibidem, p. 118

se sua atuação no sentido de impedir, fazer cessar ou imputar a responsabilidade pelas consequências do comportamento abusivo.

Entretanto, definir quais atos atentam contra a finalidade econômica ou social do direito, contra a boa-fé e contra os bons costumes pode levar a uma intervenção desmesurada do juiz na autonomia privada ou, ainda, à excessiva atuação do Estado no controle das atividades circunscritas à livre iniciativa. Note-se que esse risco não é exclusivo da cláusula geral do abuso de direito, mas ao contrário, configura risco intrínseco à presença de cláusulas gerais no sistema de direito legislado, a exigir maturidade da jurisprudência e da doutrina, no sentido de não identificar em seus termos significados não razoáveis ou desproporcionais.

Em proteção à segurança jurídica, é necessário que o juiz demonstre qual o limite para o exercício de direito subjetivo foi violado, assim como de que modo foi violado, razão pela qual a identificação e catalogação de algumas espécies constantes não pode ser determinado em tese, senão, impreterivelmente, em razão da situação de fato dada a conhecer para o juiz. Esta é a característica própria das cláusulas gerais e com mais razão em relação à cláusula geral do abuso de direito, na qual o recurso a três espécies de limites, todos eles com maior ou menor grau de indeterminação semântica, exige do intérprete intensa atividade argumentativa.¹⁵

Em um primeiro momento, os padrões de prova do exercício abusivo de direitos estavam concentrados no elemento subjetivo do ato, ou seja, vinculado à prática maliciosa ou emulativa do sujeito, com a exclusiva finalidade de causar prejuízo a outrem.

Todavia, ao longo da tradição jurisprudencial e doutrinária da teoria do abuso de direito no Direito brasileiro, observou-se um sensível processo de objetivação da concepção do abuso de direito. Sendo assim, a noção de abuso do direito foi se desvinculando progressivamente dessa concepção subjetiva, que exigia a presença do dolo ou culpa para caracterização do ato abusivo, para uma concepção objetiva, que exige exclusivamente a caracterização da conduta que viole os limites impostos ao exercício do direito, sem, com isso, exigir a existência do dano. Basta o exercício de direito que gere danos efetivos ou potenciais.

Adepto a essa corrente, SILVIO DE SALVO VENOSA assinala que o abuso de direito se verifica no excesso, no desrespeito aos limites estabelecidos pela própria razão de ser da norma, no tocante ao aspecto sócio-econômico, bem como no desrespeito aos limites impostos pela boa-fé e bons costumes. Caso contrário, se se admitisse que o abuso de direito

¹⁵ Idem, Ibidem, p. 172-183

se circunscrevesse às noções de dolo e de culpa, nada mais seria do que um capítulo da responsabilidade civil, ficando em âmbito bem mais restrito do que realmente possui. Se esta fosse a real intenção do legislador, o princípio genérico do art. 186¹⁶ seria suficiente, não havendo motivos para a lei dispor a respeito do exercício regular do direito no artigo seguinte.¹⁷

A respeito dessa mudança paradigmática quanto aos parâmetros de aplicação da teoria do abuso de direito, assim se manifesta BRUNO MIRAGEM:

A incorporação no texto normativo da teoria do abuso de direito afastou-o da tradicional concepção subjetiva, vinculada aos atos emulativos e à presença de dolo ou culpa – largamente difundida no direito brasileiro – em favor de uma concepção objetiva, que prescinde da caracterização do elemento anímico do exercício do direito pelo titular para considerá-lo abusivo e, por esta razão, antijurídico.¹⁸

Assinala o autor que, apesar de dispensável a análise do estado anímico do agente ao praticar a conduta para a caracterização da abusividade do direito, ainda há resquícios da teoria dos atos emulativos, notadamente no que diz respeito à análise da finalidade econômica ou social do direito:

A colocação da finalidade econômica do direito como limite do exercício do direito subjetivo, em sua origem, parece estar direcionada à condenação do exercício emulativo do direito, ou seja, aquele que não traz nenhum benefício ou vantagem ao titular do mesmo, sendo orientado apenas com vista a causar prejuízo a alguém. O intérprete, todavia, como bem se sabe, não pode e não deve se restringir aos objetivos do legislador ou da origem do preceito, porquanto o enunciado da lei, ao vigor, desloca-se daquele e desafia a atividade de interpretação à obtenção de outros significados consentâneos com as exigências da vida social. Daí porque se está a reclamar ainda um exame mais profundo da finalidade econômica do estabelecimento dos direitos subjetivos, sejam tomados individualmente sob a perspectiva dos interesses econômicos da comunidade e da repercussão do exercício do respectivo direito para ela.¹⁹

O autor afirma ainda que a determinação da utilidade ou fim econômico do direito não deve ser entendida do ponto de vista exclusivamente do indivíduo. A utilidade econômica para o titular do direito não pode ser contraditória a uma medida de utilidade econômica para

¹⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 529

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 117

¹⁹ Idem, Ibidem, p. 148-149

a sociedade, como se verifica nas hipóteses de abuso da posição dominante de mercado sancionadas pelo direito da concorrência, por exemplo.

Dessa forma, a análise da utilidade econômica do direito deve ser entendida sob dois prismas, a saber, do indivíduo e da sociedade. A partir dessa concepção, é razoável indicar que o fim econômico de um direito acaba sendo absorvido pelo seu fim social, uma vez que não se pode dissociar o que é socialmente útil daquilo que é economicamente útil, como transparece em relação ao conteúdo e ao exercício do direito de propriedade. O fim social, portanto, é aquele de interesse da sociedade, a razão pela qual se previu normativamente um determinado direito subjetivo. Ressalte-se que o fim social não se confunde com o fim coletivo, afinal, pode ser o fim social de um determinado direito subjetivo a proteção de um determinado interesse individual, inclusive, contra a coletividade (assim, a proteção dos direitos da personalidade).

Dando prosseguimento à análise dos elementos que balizam o exercício abusivo do direito, resta examinar o que se entende por boa-fé e bons costumes. De forma bastante sucinta, a ideia de boa-fé não passa de um conceito cunhado pelos técnicos do direito e utilizado como elemento de descrição ou de delimitação. É um standard ou um modelo ideal de conduta social, tida como paradigmática. Já os bons costumes se distinguem da boa-fé, mais em razão de um critério funcional do que de conteúdo. Ambos são conceitos que expressam limites externos ao exercício dos direitos subjetivos, bem como expressam valores éticos-sociais dominantes.

Ocorre apenas que a boa-fé está afeta a uma eficácia interna da relação jurídica, entre os sujeitos de uma relação jurídica já constituída. Resta identificada, portanto, com a proteção de interesses legítimos das partes de uma determinada relação jurídica, já constituída ou a constituir, assumindo o que ora se propõe denominar como espécie de eficácia relacional.

Já os bons costumes, ao contrário, dizem respeito a um limite geral, que embora possa também proteger o interesse dos sujeitos de uma dada relação jurídica, projeta-se além da relação jurídica como cláusula de proteção do interesse social dominante, como expressão de valores integrantes de uma moralidade social. Neste sentido, em relação aos bons costumes, sua eficácia limitativa do exercício do direito pelas partes não se limita aos interesses legítimos das partes, senão também da aferição destes interesses e de sua legitimidade, em relação à proteção de toda a comunidade. Daí porque se pode identificar nos bons costumes uma eficácia que ultrapassa os limites dos interesses dos sujeitos da relação jurídica, senão de toda a comunidade e, no interesse dos valores fundantes do próprio ordenamento jurídico, o que se pode identificar, portanto, como uma eficácia geral. Nas palavras do autor:

Em relação aos bons costumes, note-se que sua compreensão como espécie de cláusula de proteção de moralidade social, como já se teve a oportunidade de referir, faz com que sua interpretação e aplicação extravasem os limites da relação intersubjetiva das partes de uma determinada relação jurídica e se coloque como espécie de limite externo ao exercício dos direitos subjetivos pelas partes. Trata-se de reconhecê-los como cláusula de proteção social, de garantia da autoridade do Direito e da sociedade. Para distingui-lo do limite da boa-fé objetiva, basta ver que, no âmbito de um exercício de direito, no curso de uma determinada relação jurídica, diferentemente da boa-fé, pouco importa em relação aos bons costumes, que o exercício do direito sendo abusivo seja tolerado pela outra parte, em geral a parte prejudicada pelo abuso. A contrariedade a bons costumes não ofende interesses disponíveis da parte prejudicada, senão a proteção de interesses e aspirações comuns da sociedade, como reflexo do reconhecimento consideração da moralidade social.²⁰

O exame dos limites impostos ao exercício dos direitos subjetivos previstos no art. 187 do Código Civil de 2002 nos permite concluir que os bons costumes e a boa-fé não tem sua compreensão associada ao direito subjetivo em apreço, mas sim aos ditames sociais. Em contrapartida, o fim econômico ou social revela-se de forma individualizada, de acordo com o direito subjetivo em exame e a partir da repercussão de seu exercício para a sociedade.

Tomando como exemplo o direito de ação, por certo, sua finalidade econômica ou social não é gerar prejuízos a outrem. Assim, quando é exercido, não para trazer benefícios ao seu titular, mas para prejudicar terceiros, tem-se seu uso fraudulento e consequentemente abusivo. Quando esse desvio de finalidade se destina a causar danos no mercado, há a caracterização do ilícito antitruste do *Sham Litigation*, que não passa do exercício abusivo do direito de ação com fins deletérios ao mercado. Em outras palavras, para se caracterizar a prática de *Sham Litigation* observa-se se houve ou não desvio da finalidade econômica ou social do direito subjetivo em apreço, o direito de ação. Em caso afirmativo, tem-se um ilícito.

A Lei nº 12.529/11, que regulamenta o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, delimita como infrações à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos negativos ao mercado, ainda que não sejam alcançados.²¹ Adiante, elenca uma série de condutas que teriam o condão de causar prejuízos à livre concorrência e ao bem-estar do consumidor,

²⁰ Idem, Ibidem, p. 160-165

²¹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

caracterizadas, portanto, como ilícitos concorrenciais²², dentre as quais merece especial destaque os ilícitos de limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado (inciso III) e criar barreiras à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor adquirente ou financiador de bens ou serviços (inciso IV).

O desenho do tipo existente na combinação dos incisos III e IV mencionados abarca o conceito de abuso de direito para exclusão de rivais, ou seja, *Sham Litigation*. Ressalte-se que o enquadramento do conceito de *Sham Litigation* na legislação antitruste brasileira só é possível em razão de a redação do artigo 36 da Lei nº 12.529 ser suficientemente genérica, ao ponto de abarcar como ilícito concorrencial todos os atos, manifestados sob qualquer forma, que importem ou tenham potencial de importar danos à concorrência.

Sobre esse ponto, assim dispõe PAULA FORGIONI:

Assim, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em prática dissociada de sua vantagem competitiva.²³

Há, por certo, *standards* do que se considera como prática anticompetitiva, inclusive definidos em lei, como a fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes (cartel), acordos de exclusividade, discriminação de preços, venda casada, recusa de negociação, prática de preços predatórios e destruição de matérias primas (açambarcamento). Tal fato, entretanto, não exclui a possibilidade de se condenar outras formas de infração à ordem econômica, a exemplo da prática do *Sham Litigation* manifestado em suas mais variadas formas.

Após essas breves considerações acerca dos elementos positivos que respaldam a introdução da doutrina do *Sham Litigation* no Brasil, passar-se-á para o estudo dos casos emblemáticos julgados pela autoridade antitruste brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a respeito do tema, para entendermos como o conceito de *Sham Litigation*, oriundo da doutrina norte americana, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

²² §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

²³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 275

4. DA JURISPRUDÊNCIA DE *SHAM LITIGATION* NO SBDC

Apesar de incipiente na jurisprudência brasileira, o *Sham Litigation* tem suscitado diversas discussões no âmbito do SBDC. A polêmica que circunda o tema reside justamente na dificuldade de se estabelecer padrões de prova contundentes que evidenciem a prática abusiva da prerrogativa constitucional de invocar o aparato estatal.

A seguir, será feita uma análise dos principais casos em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) se deparou com a questão e teve que sopesar de um lado a garantia constitucional insculpida no art. 5º, XXXIV e, de outro, a manutenção da livre concorrência e do bem estar do consumidor.

4.1 SEVA Engenharia Eletrônica S/A v. Siemens VDO Automotive Ltda. (Processo Administrativo no 08012.004484/2005-51)

Caso emblemático analisado pelo CADE em que se discutiu a prática de *Sham Litigation* envolveu a denuncia efetuada pela SEVA Engenharia Eletrônica S/A (SEVA) em desfavor da Siemens VDO Automotive Ltda (Siemens).

Segundo relato do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, em 31 de maio de 2005, a SEVA apresentou representação perante a SDE referente à fabricação e comercialização de equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo (tacógrafo). Em sua manifestação, alegou que a Siemens criou barreiras à entrada e à permanência de empresas concorrentes no mercado, incidindo nos art. 20, incisos I a V e art. 21, inciso V ambos da Lei nº 8.884/94²⁴.

Segundo a representação, a conduta da Siemens consistiria em influenciar entes estatais a criarem obstáculos à comercialização de tacógrafos pela SEVA. Em especial, a Siemens teria aproveitado o conflito de competência entre o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) e o Conselho Nacional de Trânsito (Cotran).²⁵

Ao analisar a matéria, a SDE primeiramente retomou a condenação, no ano de 2005, do grupo AstraZeneca, pela Comissão Européia, por usar indevidamente o sistema de registros de patentes. As investigações da época demonstraram que a empresa atuou de

²⁴ A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, foi revogada pela Lei nº 12.5291, de 30 de novembro de 2011.

²⁵ Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Relatório Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan.

maneira a fornecer informações enganosas aos escritórios de registro de patentes e agências de marketing de medicamento dos Estados Membros da União Européia, o que resultou na extensão de sua proteção patentária durante algum tempo e, conseqüentemente, a exclusão de concorrentes do mercado.

A conduta condenada pela Comissão Européia consistiu em:

(...) comportamento reiterado de AZ [AstraZeneca] de dar entrada em representações enganosas como parte de sua Estratégia do SPC para Omeprazole durante dois estágios, visando à prevenção ou ao menos o retardamento da entrada dos genéricos no mercado (...)²⁶

A Comissão afirmou que o ilícito antitruste não fica restrito à atuação da empresa no mercado, mas inclui também abusos de procedimentos públicos. Esta conduta, em linha com o conceito de *Sham Litigation* desenvolvido nos Estados Unidos, foi condenada pela Comissão Européia, segundo a qual o uso de procedimentos e regulamentações públicas pode caracterizar abuso, cujo conceito não está adstrito à conduta no mercado. O uso indevido do aparato estatal pode resultar sim em prejuízos à concorrência, conforme reconhecido pelo parecer da SDE:

Em suma, a conduta condenada pela Comissão Européia é o uso indevido de um instrumento legal (neste caso na esfera administrativa), desvirtuando sua finalidade de proteção à propriedade intelectual, para a elevação artificial de barreiras à entrada.²⁷

Dando prosseguimento à análise da experiência internacional, a SDE destacou que nos Estados Unidos há disposição na própria Constituição que resguarda o direito do cidadão de peticionar, inclusive quando este interfere na legislação antitruste (*Sherman Act*). A essa blindagem, conforme já descrito, foi atribuído o nome de *Noerr-Pennington Doctrine*. Entretanto, salientou-se que há casos em que as cortes americanas excepcionam a Doutrina *Noerr-Pennington*, quando a atividade peticionada é ostensivamente direcionada à influência governamental para acobertar uma tentativa de interferir diretamente nos negócios do rival.

Partindo para a análise da legislação pátria, a SDE concluiu que a doutrina do *Sham Litigation* encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro ao se manifestar nos seguintes termos:

A aplicação da teoria do *Sham Litigation* no ordenamento jurídico nacional consiste no reconhecimento de que, dentre as diversas motivações que alguém pode ter para abusar do seu direito de petição,

²⁶ 633 F.3d1042 (2010). Tradução Livre de: “*The abuse Consist of A.Z.s pattern of misleading representations as parto f its SPC Strategy for omeprazole during two stages with a view to preventing, ora t least delaying, generic market entry (...)*”

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Parecer SDE, p. 42

seja à Administração, seja ao Poder Judiciário, inclui-se também o de prejudicar empresas concorrentes.²⁸

Ao desenvolver seu raciocínio, sopesou que nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, “*sendo-nos exigido constante esforço hermenêutico e a indispensável leitura complementar das demais leis ordinárias para a identificação precisa do objeto protegido por esses direitos fundamentais.*”²⁹

Ademais, salientou que a repressão àquele que abusa do direito de demandar ou o usa de maneira temerária e ilegal está presente no art. 17, inciso III, do Código de Processo Civil, cuja finalidade precípua seria justamente identificar o bem jurídico protegido, o direito de petição e a inafastabilidade do Judiciário, e balizar a amplitude de seu exercício.

Antes de partir para a análise do caso concreto, a SDE considerou que a caracterização do ilícito do exercício abusivo do direito de ação com fins anticompetitivos dependeria da demonstração (a) da ausência de embasamento da demanda proposta; e (b) da instrumentalização do procedimento para interferir diretamente na política comercial do concorrente:

Do ordenamento jurídico pátrio e conforme já indicado na Nota Técnica de Saneamento (fls. 727/1744), é possível concluir que para se caracterizar o ilícito de ‘exercício abusivo do direito de ação com efeito anticoncorrencial’ (*Sham Litigation*) é necessário demonstrar: (i) que a ação proposta é, por completo, carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; e (ii) que a ação proposta mascara um instrumento anticompetitivo, ou seja, constitui uma tentativa de interferência direta na relação comercial com um concorrente por meio do uso do aparelho judiciário/administrativo.³⁰

Assim, a partir da análise da experiência internacional, da guarida no ordenamento jurídico brasileiro da conduta em exame e dos parâmetros que foram elencados para a identificação do exercício abusivo do direito de petição com fins anticompetitivos, concluiu que as sucessivas demandas judiciais propostas pela Siemens, na tentativa de impugnar a autorização de comercialização de equipamentos pela SEVA, mascaram “*um instrumento potencialmente anticompetitivo.*”³¹

Para chegar a essa conclusão, a SDE considerou ainda a racionalidade econômica que justificaria a prática de *Sham Litigation* por parte da Siemens, a fim de aumentar os custos de

²⁸ Idem, Ibidem, p. 44

²⁹ Idem, Ibidem, p. 44

³⁰ Idem, Ibidem, p. 45

³¹ Idem Ibidem, p. 49

sua rival e, conseqüentemente, de dificultar sua permanência no mercado e impedir a entrada de novos concorrentes.

Na prática, o primeiro ato perpetrado pela Representada tido como indício de prática anticompetitiva, segundo o entendimento da SDE, foi a impetração de mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito Brasileiro (Portaria nº 50/2001), que homologou a venda de tacógrafos da SEVA, ao argumento de que a homologação era contrária à Resolução que estabelecia os critérios técnicos para avaliação dos equipamentos, sem sequer deter legitimidade para a propositura de tal demanda. Segundo o parecer elaborado, “*nenhum litigante razoável entenderia que há direito líquido e certo da Siemens VDO afetado pela edição da Portaria nº 50/2001.*”³²

O segundo ato praticado pela Representada que denunciou o ilícito concorrencial consistiu em ajuizar ação ordinária novamente impugnando a homologação de produtos da SEVA, pedido este que já havia sido julgado improcedente pelo mandado de segurança impetrado anteriormente. A SDE ponderou que, ainda que os produtos comercializados pela SEVA estivessem fora dos padrões técnicos admitidos pelas autoridades competentes, a lesão seria direcionada aos consumidores de tacógrafos, tratando-se assim de lesão a direito difuso, cujo titular não é a Siemens, mas sim a sociedade.

Constitui [a ação proposta] uma tentativa de interferência direta na relação comercial com um concorrente por meio do uso do aparelho judiciário, já que se torna claro que a empresa gostaria de ver impedida a Representante de comercializar seus produtos a qualquer custo.³³

O último e mais contundente indício de abuso do direito de ação com fins anticompetitivos decorreu do não cumprimento, em sua petição inicial, de seu dever de esclarecer os fatos de maneira verídica e clara perante o Poder Judiciário. A investigação revelou que a Representada comercializava produto que não havia sequer sido apresentado para aprovação pelos órgãos competentes.

Todos esses elementos subsidiaram a instauração de processo administrativo em desfavor da Siemens, para se averiguar a prática de condutas anticoncorrenciais, descritas nos art. 20, incisos I a V e art. 21, inciso V ambos da Lei nº 8.884/94.

O entendimento da Procuradoria especializada junto ao CADE corroborou o posicionamento da SDE destacando que:

De plano, sem sequer analisar o resultado do processo acima, verifica-se sua total ausência de fundamentação. Ora, claramente não há interesse processual, na medida em que o ato do DENATRAN não atinge direito

³² Idem, Ibidem, p. 48

³³ Idem, Ibidem, p. 48

líquido e certo [leia-se, comprovável de pronto, por meio documental] da Siemens. Suposta irregularidade no equipamento da SEVA poderia prejudicar os consumidores de tacógrafo. Não houve, pois, ilegalidade contra direito da Siemens, tendo a ação judicial o único intuito de prejudicar a concorrente SEVA, questionando sua imagem e a qualidade de seu produto de forma pública, por um meio oficial.

(...)

O manejo do referido mandado de segurança revela, com clareza solar, a única e exclusiva intenção de prejudicar um concorrente utilizando-se de uma ação governamental por meio manifestamente infundado. A justificativa de que a Siemens estaria preocupada com a segurança no trânsito e por isso optou por ingressar com medida judicial contra a homologação do tacógrafo da SEVA somente revela que a ação mascarava objetivo anticoncorrencial.

Caso tal preocupação realmente existisse, poderia a Siemens denunciar a suposta ilegalidade praticada pelo DENATRAN aos órgãos da administração pública que o supervisionam e fiscalizam e aos órgãos de defesa do consumidor (que, afinal, seria o real prejudicado). Mas não foi isso que foi feito. Sob o pretexto de estar preocupado com o bem-estar dos consumidores, a Siemens preferiu movimentar a máquina judicial por meio manifestamente infundado com o único objetivo de prejudicar um concorrente. Ou seja, da narrativa aqui exposta, resultam claramente presentes todos os elementos objetivos caracterizadores do abuso do direito de ação, os quais foram exaustivamente mencionados no início deste tópico.

(...)

Novamente, assim como já mencionado quando da análise do Mandado de Segurança proposto, os elementos objetivos que identificam o *Sham Litigation* encontram-se presentes e se tornam ainda mais evidentes quando se identifica, através do conjunto de fatos narrados, que há nítido incentivo à adoção de estratégias de abuso de posição dominante por parte da Representada.

A novidade da questão e a complexidade fática do caso fomentaram diversas discussões entre os componentes do Plenário. Por essa razão, é interessante, para o estudo em apreço, destacar os principais pontos de cada um dos votos dos Conselheiros que se manifestaram no caso, para buscarmos identificar quais fatores foram determinantes na caracterização da conduta.

A esse respeito, assim se manifestou o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, relator do presente processo:

Esta é a primeira vez que o CADE aprecia a possibilidade de infração à ordem econômica efetuada por meio de interações com órgãos estatais. Trata-se de tese inovadora e complexa de modo que o debate intenso pelos membros do Conselho irá certamente aprimorar as orientações ao mercado que serão emanadas da decisão final do caso.

(...)

Antes de trazer esses pontos, gostaria de ressaltar a convergência dos votos proferidos no que se refere à possibilidade de se considerar o comportamento judicial de uma empresa como infração antitruste. Este ponto, que talvez seja a questão mais polêmica da matéria ora em trâmite,

foi até este momento aceito sem ressalvas no julgamento deste caso. Esta convergência propicia uma base sólida para a análise das peculiaridades do processo e reforça a relevância do presente caso como jurisprudência para casos futuros.³⁴

O primeiro voto a que se faz reporte diz respeito à manifestação do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. Seguindo o entendimento proferido pela SDE, o Conselheiro ressaltou que inexistente qualquer óbice no ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecimento de que o abuso de direito de ação ou de petição possa configurar infração à ordem econômica. Isso porque o direito da concorrência volta-se à prevenção e ao controle de condutas prejudiciais ao bom funcionamento do mercado, combatendo em particular aquelas voltadas à exclusão predatória de concorrentes. Tal fato seria corroborado pela redação da legislação antitruste, suficientemente genérica ao ponto de permitir que podem constituir infração à ordem econômica “*os atos sob qualquer forma manifestados*”.

O Conselheiro discorreu ainda sobre a competência do CADE para analisar a questão³⁵. A respeito disso, afirmou que, dado seu claro potencial anticompetitivo, o abuso de procedimentos judiciais não pode escapar da aplicação das normas da concorrência.

Com efeito, o uso fraudulento do direito de ação por uma empresa dominante constitui sim instrumento capaz de afetar de diferentes formas a operação de um agente no mercado, podendo impactar por consequência a ordem concorrencial no setor.

Para embasar seu entendimento, o Conselheiro ressaltou que, em primeiro lugar, as despesas monetárias em juízo podem alcançar patamares bastante significativos, conforme o tempo de duração e a magnitude do processo. Ter que arcar com tais custos já pode causar impactos severos no funcionamento de uma empresa, obrigando-a a despender recursos e energia que, de outra forma, seriam investidos no desenvolvimento normal de suas atividades econômicas. Além disso, a simples existência da ação pode representar, por exemplo, um

³⁴ Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Voto Vista Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, p. 03

³⁵ Muito já se discutiu a respeito da competência do CADE para julgar casos que envolvam a prática do uso abusivo do direito, com fins anticompetitivos, notadamente nos casos em que envolvem a litigância de má-fé. Isso, porque apesar de o Código de Processo Civil não restringir a análise da matéria ao Poder Judiciário, a litigância de má-fé trata-se de ocorrência no bojo do processo civil. Dessa forma, se esse fosse o único diploma legal aplicável à prática, seria razoável pensar que não caberia ao CADE a discussão da matéria. Do contrário, somente após a declaração da litigância de má-fé pelo Poder Judiciário, poderia o CADE avaliar se a conduta infringiu ou não as regras da legislação antitruste. No entanto, o arcabouço que envolve a prática do *Sham Litigation* não se restringe ao art. 17 do Código de Processo Civil e, consequentemente, a competência privativa do Poder Judiciário para julgar a litigância de má-fé não afasta a competência do CADE para julgar as práticas deletérias ao mercado, inclusive quando praticadas por litigantes ímprobos, com base no art. 36 da Lei nº 12.529/11 c/c art. 187 do Código de Processo Civil.

novo elemento de risco perante terceiros, podendo vir a embaraçar a condução de negócios da empresa em diferentes áreas, como, por exemplo, na obtenção de crédito.

Segundo, a utilização maliciosa de expedientes judiciais também pode levar à prolação de decisões altamente prejudiciais ao ambiente competitivo. A distorção dos fatos, a apresentação de alegações inverídicas e outras condutas caracterizadoras da má-fé processual podem dar azo a decisões judiciais que impeçam ou dificultem a atuação de concorrentes e atentem, em última instância, contra os princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência.

Vê-se dessa forma que o uso abusivo e oportunista do processo judicial é capaz de afetar de diferentes formas a concorrência no mercado, constituindo estratégia predatória plausível de ser utilizada para fins anticompetitivos. Diante desse quadro, e sendo certo que o ordenamento jurídico brasileiro repele de maneira inequívoca o abuso de um direito por seu titular em diferentes campos, não há motivo para se supor que o exercício anormal e indevido do direito de ação esteja isento da aplicação das leis da concorrência.³⁶

Adiante, o Conselheiro ressaltou que é tênue a linha divisória entre o “*normal acionamento do Judiciário para defesa de direitos individuais e a utilização maliciosa do processo jurisdicional para a criação de dificuldades a concorrentes.*”³⁷ Tal distinção dependeria da constatação de um padrão antijurídico de atuação por parte do demandante que possa ser explicado por um desígnio de lesar a parte adversária e consequentemente a dinâmica concorrencial.

Enumerou como exemplos a imputação de acusações falsas aos concorrentes ou a invocação de direitos absolutamente desamparados pelo ordenamento, com fins não à obtenção de provimento jurisdicional favorável, mas com a finalidade de causar prejuízos comerciais ao concorrente.

No caso concreto, o Conselheiro identificou o ajuizamento de duas demandas judiciais pela Representada Siemens em desfavor da SEVA (Mandado de Segurança nº 2002.34.00.009410-3 e Ação Ordinária nº 2004.34.00.019865-9). Asseverou que ambas impugnavam a homologação pelo Denatran de produtos da concorrente SEVA, ao argumento de inobservância dos mínimos requisitos técnicos estabelecidos pela legislação brasileira para comercialização no mercado.

Após analisar longamente o processo de homologação dos tacógrafos pelas autoridades competentes, bem como a sucessão legislativa dos atos que regem a matéria, o Conselheiro não visualizou nenhum traço de abusividade nas ações da Siemens no que toca à

³⁶ Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Voto Vista do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, p. 5-7

³⁷ Idem, Ibidem, p. 7

legitimidade ativa para impugnar judicialmente a homologação supostamente irregular dos equipamentos de uma concorrente, a quem a Administração teria dispensado tratamento diferenciado e anti-isonômico.

Isso porque, segundo o Conselheiro os produtos da SEVA não atendiam os requisitos estabelecidos pela Resolução nº 92/99 CONTRAN, inexistindo motivos para se questionar a razoabilidade dos fundamentos jurídicos das demandas da Siemens. Sendo assim, não vislumbrou “*nenhum despropósito tão grande capaz de creditar má-fé à ação da Representada*”.³⁸

Apesar de reconhecer o interesse de agir da Representada no manejo de ações judiciais, isso não bastou, por si só, para afastar o potencial efeito deletério ao mercado da prática imputada à Representada. Isso porque a litigância de má-fé e o *Sham Litigation*, apesar de serem institutos correlacionados, são autônomos entre si:

Isso não afastaria a possibilidade de se considerar que o ajuizamento das ações constituiria estratégia abusiva e deletéria no mercado, destinada a aumentar os custos de entrantes em determinados mercados regulados. A diferença é que a abusividade da conduta residiria na falta de justificativa plausível para embasar a contestação do produto rival e não na ausência de interesse de agir.³⁹

Segundo NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a litigância de má-fé ocorre quando a parte, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária:

É o *improbis litigator*, que se utiliza dos procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14.⁴⁰

Um dos motivos que podem levar o agente a se utilizar de procedimentos escusos para prejudicar terceiros é justamente a intenção de interferir nos negócios do seu concorrente e, assim, provocar a exclusão de rivais do mercado. Tal hipótese caracterizaria a materialização da prática de *Sham Litigation*, por meio da litigância de má-fé, ou seja, a utilização de forma desmedida e abusiva do direito de petição, por meio do ajuizamento de processos fraudulentos, com fins a causar danos na livre concorrência. Nesses casos, a litigância de má-

³⁸ Idem, Ibidem, p. 26

³⁹ Idem, Ibidem, p. 22

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Junior**, 11ª edição rev., ampl. e atual. até 17.02.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 226

fé serve de indício para a identificação do ilícito antitruste, apesar de não esgotar suas hipóteses de ocorrência.

Superada a análise quanto ao interesse de agir da Representada, o Conselheiro passou ao exame dos possíveis efeitos deletérios à concorrência. Rechaçou o entendimento de que a ação da Siemens, na medida em que aumenta a incerteza da regulação aplicável ao setor e confronta novos entrantes, constrói barreiras à entrada, o que asseguraria a manutenção de sua posição dominante em um mercado altamente concentrado.

Sua conclusão, portanto, foi no sentido de que as demandas judiciais propostas pela Siemens não apresentaram potencial anticompetitivo, mas ao revés, consistiram nada mais que o *“regular acionamento do Judiciário pela Representada a fim de combater atos da Administração que negavam vigência a norma administrativa cogente e destoavam do padrão regulatório aos quais estavam submetidos os demais agentes do mercado.”*⁴¹

Quanto aos efeitos da conduta, não visualizou qualquer impacto negativo, ainda que potencial, da prática imputada à Representada na ordem concorrencial, cujo único efeito alcançado foi a suspensão temporária da portaria homologatória de produto rival.

O Presidente do CADE à época, Arthur Sanchez Badin, em seu voto vista, iniciou a análise da conduta de *Sham Litigation* imputada à Representada fazendo alusão à positivação no texto constitucional do direito de exigir do Estado uma resposta à pretensão deduzida em juízo.

Nas palavras do Presidente, *“esse acesso aos órgãos do Poder Judiciário se dá independentemente de a parte ter razão ou da certeza de acolhimento da pretensão, fato analisado apenas após regular trâmite do processo.”*⁴²

Ressaltou que o direito de ação exige seu uso responsável e que a repressão *“de interesses espúrios expostos em processos já é uma preocupação frequente, examinada endoprocessualmente à luz do instituto da litigância de má-fé.”*⁴³

Salientou que *“quando o direito de ação estiver em conflito com outros direitos, o aplicador deve sopesá-los a fim de maximizar a incidência de todos eles.”*⁴⁴ Isso porque quando uma empresa se vê obrigada de forma infundada a investir seus recursos para se defender judicialmente ou administrativamente quem sai perdendo são os consumidores e, ao

⁴¹ Idem, Ibidem, p. 33

⁴² Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Voto Vista do Conselheiro Presidente Arthur Sanchez Badin, p. 8

⁴³ Idem, Ibidem, p. 8

⁴⁴ Idem, Ibidem, p. 14

final, a sociedade como um todo, que se vê privada de melhores produtos e preços pela ausência de competição no mercado.

No caso concreto, afirmou que os critérios para se apurar a infração à ordem econômica por meio do abuso do direito de ação “*não são estritamente objetivos, unívocos ou de alto grau de determinabilidade a ponto de permitir sua identificação de forma simples e clara.*”⁴⁵

Sendo assim, elencou os seguintes critérios para qualificação de uma demanda como incursa em pressuposto de *Sham Litigation*: (a) detenção de poder de mercado; (b) expectativa razoável de vitória *versus* ação objetivamente infundada; (c) ocultação de interesse contrário à concorrência; (d) custo da demanda proporcionalmente maior e mais danoso para quem detém menor capacidade financeira; (e) utilização de demanda como ferramenta para macular a imagem de empresa perante o mercado; (f) intenção de criar barreiras artificiais à entrada ou excluir competidores no mercado; (g) prejuízo da atividade de competidores pelo aumento de custo, prejuízo à produção ou dano similar; (h) influência de ações governamentais no sentido de prejudicar concorrentes.

Apesar da tentativa de se estabelecer parâmetros objetivos para a identificação do ilícito antitruste, o próprio Conselheiro reconheceu que a hermenêutica a partir desses conceitos abertos é uma atividade complexa. O julgador, mesmo em um tribunal administrativo, usa da linguagem, modelos de argumentação, persuasão, retórica, deduções, juízos de valor, regras éticas, conhecimentos diversos, sempre em raciocínio estruturalmente complexo, heterogêneo e pluridimensional.

Considerando toda essa complexidade que envolve a identificação da prática abusiva do direito de petição com fins anticompetitivos, concluiu que não era possível a condenação da Representada por abuso do direito de litigar.

Ao afastar a alegação de *Sham Litigation*, o Presidente ressaltou que a simples sucumbência da pretensão ou divergência quanto à interpretação não fazem da parte um litigante ímprobo. Caso contrário, toda e qualquer demanda improcedente ou extinta implicaria não só incidência dos ônus da sucumbência, como também aqueles da litigância de má-fé. “*Coíbe-se o abuso de o não o exercício regular do direito, ainda que não se tenha razão ou não se tenha usado da boa técnica processual.*”⁴⁶

Salientou que não houve no caso utilização de meio extremamente agressivo, sobreposição de ações, de recursos ou a utilização de recursos atípicos de cabimento

⁴⁵ Idem, Ibidem, p.15

⁴⁶ Idem, Ibidem, p.16

questionável. “A estratégia processual foi aparentemente pautada pela razoabilidade sem ensejar o repúdio dos órgãos jurisdicionais convertidos em penalidade endoprocessuais específicas ou reprimendas insinuadas.”⁴⁷

Por fim, o conselheiro Cesar Costa Alves de Mattos, após fazer uma breve análise do contexto do surgimento do instituto norte americano e de sua guarida no ordenamento jurídico brasileiro, corroborou o entendimento do Presidente de que o conceito de *Sham Litigation*, na medida em que se relaciona com o conceito de abuso de direito confere significativa margem de discricionariedade ao aplicador do direito. Daí a necessidade de se traçar certos parâmetros de forma objetiva para a análise da autoridade:⁴⁸

A tipicidade surge para dar ao Direito esse necessário caráter objetivo, descrevendo na norma as condutas que, no caso de direito punitivo, merecem reprimenda. A tipicidade, portanto, define-se pelo delineamento das condutas nas normas jurídicas. Ela é necessária, tanto para garantir que o Direito seja cumprido, como para traçar limites ao alcance punitivo do Estado e proporcionar segurança na relação jurídica do Estado com os indivíduos e destes entre si.⁴⁹

A seguir, confrontou as normas que disciplinam o direito fundamental de petição com as normas que disciplinam o abuso de direito e a prática de *Sham Litigation* e ponderou que a marca distintiva das ações anticompetitivas é o objetivo de causar constrangimentos aos negócios do concorrente por meio da própria instauração do processo e não pela obtenção da pretensão demandada. Nesse sentido, o potencial anticompetitivo da conduta deve se revelar nos efeitos não do eventual provimento jurisdicional final, mas nos que decorrem da própria instituição do processo.

Isso quer dizer, segundo o Conselheiro, que uma ação ajuizada de forma regular e em observância aos princípios processuais não poderá jamais ser considerada uma infração à ordem econômica, ainda que se avalie que a decisão obtida tenha trazido impactos negativos aos concorrentes e ao mercado. O que é juridicamente reprovável é a predação judicial em que os esforços do autor se voltam para a derrota do concorrente na esfera negocial.

Nesse sentido, destacou o Conselheiro a importância de se avaliar o comportamento processual do litigante:

A análise de uma acusação de abuso anticompetitivo do direito de ação passa, portanto, pelo exame detalhado da atuação processual do investigado e dos efeitos por ela gerados no funcionamento de concorrentes e no ambiente anticompetitivo do mercado em questão.

⁴⁷ Idem, Ibidem, p. 16

⁴⁸ Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, Voto Vista do Conselheiro César Costa Alves de Mattos, p. 9

⁴⁹ Idem, Ibidem, p. 10

Elementos importantes nessa análise são as decisões judiciais proferidas ao longo do processo. Decisões definitivas favoráveis ao autor representam reconhecimento último, por parte do sistema jurídico, de existência de uma lesão a ser reparada pela parte requerida e do legítimo interesse do demandante na existência do processo. Nessa situação, salvo comprovação de que a decisão judicial tenha sido baseada em algum tipo de corrupção processual ou de que haja uma evidente desproporcionalidade entre os fins almejados pelo autor da ação e os meios judiciais por ele empregados, não resta espaço para acusações de uso abusivo do direito de ação, já que a correta dedução de pleitos junto às instâncias judiciárias não constitui conduta reprovável em nenhum campo do direito.

Por derradeiro, alertou o Conselheiro que a simples derrota em juízo não representa evidência suficiente da existência de conduta abusiva. Isso porque a decisão de improcedência da ação é tão somente um dos resultados naturais do recurso do particular ao Judiciário e não revela, por si só, um desígnio malicioso do autor do processo. Isso só acontece quando o comportamento em juízo é de tal forma esdrúxulo que a única explicação plausível para sua conduta é o propósito de criação de dificuldades à condução do negócio por seu concorrentes.

Ao fim, por maioria dos votos dos integrantes do Plenário do CADE, houve a condenação da Siemens, não pela prática de *Sham Litigation*, mas sim por influenciar a adoção de conduta concertada entre concorrentes, ou seja, por cartel, conduta esta que não foi objeto de análise do presente estudo, justamente por fugir de seu escopo. Quanto ao exercício abusivo do direito de ação, com fins anticompetitivos, o Tribunal entendeu que inexistiu conduta deletéria ao mercado.

4.2) *Anfape v. Montadoras de Automóveis (Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51)*

No dia 04 de abril de 2007, a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) formulou representação perante a Secretaria de Direito Econômico (SDE), alegando, em síntese, a prática das condutas anticoncorrenciais previstas pelos artigos 20, incisos II e IV, e 21, inciso V, da Lei nº 8.884/94, pelas empresas Fiat Automóveis S/A (Fiat), Volkswagen do Brasil Ltda. (Volkswagen), e Ford Motor Company Brasil Ltda. (Ford).

Afirma a ANFAPE que a representação pretende evidenciar que as montadoras atuavam de modo anticompetitivo, abusando de seu poder econômico, bem como de direitos de propriedade industrial a elas conferidos.

A intenção das montadoras seria dominar o mercado secundário de autopeças através da criação de dificuldades ao funcionamento das fabricantes independentes, procurando alcançar, no limite, a exclusão desses fabricantes do mercado, causando prejuízos à concorrência e ao consumidor final. O alegado abuso de poder econômico decorreria das medidas judiciais e extra-judiciais promovidas pela montadoras para coibir os fabricantes de autopeças independentes de continuarem comercializando peças protegidas por desenho industrial. Para fundamentar sua pretensão, a ANFAPE afirmou ainda que nenhum direito poderia ser exercido de forma absoluta, conforme preceituam os art. 5º, XXIX da Constituição Federal e o art. 1.228 do Código Civil.⁵⁰

Ao analisar a questão, a SDE determinou o arquivamento do processo, por entender que não restou configurada qualquer infração à ordem econômica. Ressaltou que o monopólio garantido pelo registro de desenho industrial não impede a fabricação e comercialização de autopeça similar por terceiros, desde que não seja reproduzido fielmente o desenho protegido, o que é possível e amplamente praticado no mercado, sendo conhecido como *tuning*.

Além disso, os direitos de propriedade industrial assegurados às montadoras não têm por fim a prática de abuso de poder econômico ou a exclusão de concorrentes. Sua justificativa reside na própria estrutura do mercado automobilístico, que exigem consideráveis investimentos em design e segurança. Assim, a motivação econômica da garantia de direitos de propriedade industrial se justifica na necessidade de assegurar o retorno dos investimentos realizados em pesquisa e desenvolvimento, evitando o comportamento oportunista de terceiros que praticariam o *free riding*, e na qualidade das peças fabricadas sob o crivo das montadoras, que investem pesadas somas em testes para garantir a segurança dos consumidores.

Por fim, ressaltou que as ações judiciais promovidas pelas montadoras são legítimas, pois pautadas em direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, e encontram motivação econômica e jurídica adequada, o que afasta a caracterização de abuso de poder econômico ou prejuízo indevido aos concorrentes:

Conforme já demonstrado, as montadoras Representadas detêm efetivamente, junto ao INPI, os registros industrial das autopeças e das marcas. Por possuírem justo título, é razoável supor que as ações judiciais que motivaram a busca e apreensão de autopeças eram legítimas e tinham alguma chance de êxito. Já foi amplamente demonstrado também que há argumentos econômicos e jurídicos que motivaram a proteção da propriedade industrial por parte das

⁵⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Representadas, o que afasta a motivação de prejudicar de forma indevida os concorrentes. Não por outra razão, o Poder Judiciário até o momento vem dando ganho de causa às montadoras, reconhecendo a violação aos registros de marca e desenho industrial de titularidade das Representadas, condenando inclusive determinadas associadas da ANFAPE a indenizar as Representadas pela comercialização indevida das autopeças protegidas.⁵¹

Nota-se que a SDE afastou as alegações de *Sham Litigation*, em desfavor das montadoras, com base na viabilidade das ações judiciais que foram manejadas. Em outras palavras, a SDE, aderindo aos critérios estabelecidos em PRE, procedeu ao exame objetivo acerca da plausibilidade do pleito judicial e, assim, decidiu pelo arquivamento do processo administrativo.

Após manifestação da SDE, os autos da Averiguação Preliminar foram remetidos de ofício ao Tribunal do CADE e o então Conselheiro Relator do caso, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, atual Superintendente-Geral, a fim de evitar discussões desnecessárias e até mesmo para que não se desviasse o foco da real questão debatida, afastou, de pronto, as condutas de preço abusivo e de *Sham Litigation* imputadas às montadoras de veículos, com base nos seguintes argumentos:

Embora o presente voto tenha reconhecido haver relevantes indícios de abuso no exercício dos direitos de propriedade industrial das Representadas, posicionando-se no sentido de instauração do Processo Administrativo para processamento das montadoras acusadas, por infração à ordem econômica, tal conduta é independente e divorciada da prática de *Sham Litigation*, cujos requisitos de enquadramento e condenação são completamente diversos. Nesse ponto, entendo, de fato, não se configurar, no caso, abuso do direito de ação das Representadas com fins anticoncorrenciais (*Sham Litigation*). Tal dicotomia é perfeitamente possível, já que, para que se configure a conduta de *Sham Litigation*, não basta que o agente autor da ação simplesmente não tenha um direito reconhecido. ‘Perder’ causas judiciais e administrativas é fato corriqueiro e inerente aos procedimentos litigiosos. Assim, o simples não reconhecimento do direito pela autoridade pública jamais pode ser o parâmetro utilizado para aferir a conduta de *Sham Litigation*. A caracterização do abuso de direito de ação requer a demonstração de fatores adicionais específicos e relevantes.⁵²

Ao afastar as imputações de exercício abusivo do direito de ação com fins deletérios ao mercado, o Conselheiro ressaltou a importância de se ter bastante cuidado na aplicação do

⁵¹ Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, Parecer SDE, p. 59

⁵² Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, Acórdão, p. 78

instituto do *Sham Litigation*, sob pena de se banalizar a conduta e, assim, afrontar as garantias constitucionais previstas no art. 5º da Constituição:

Deve-se ter bastante parcimônia na imputação de práticas de *Sham Litigation* às empresas e indivíduos, sob pena de cogitar-se essa conduta toda vez que uma ação ou representação tiverem provimento negado ou não tiverem o direito pleiteado reconhecido. Tal não se coaduna com os direitos constitucionais de petição e de inafastabilidade do Poder Judiciário e, se levado ao cabo ao extremo, geraria verdadeiro caos em processos administrativos e judiciais, já que a defesa de todos os agentes econômicos situados no pólo passivo desses feitos conteria, juntamente com o pedido final de não provimento do processo, um pedido de condenação do autor ou representante por *Sham Litigation*. O fato, porém, é que, mesmo quando não tem o seu direito pleiteado reconhecido, muito raramente isso significará que o autor ou representante da ação ou do processo administrativo abusou de seu direito de petição.

A diante, o Conselheiro destacou que a SDE recorreu ao caso *Professional Real Estate Inventors, Inc v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, decidido pela Suprema Corte Norte Americana, para estabelecer os parâmetros que seriam observados para a caracterização da prática de *Sham Litigation*.

Determinou que, a partir de sucessivos julgamentos a respeito da matéria, a Suprema Corte estabeleceu como pré-requisitos para a comprovação da prática abusiva do direito de ação os seguintes critérios: (i) que a ação seja desprovida de qualquer fundamento, não sendo realista por parte do litigante qualquer esperança de vitória quanto ao mérito; e (ii) que essa ação sem fundamento se constitua um meio fraudulento para esconder uma tentativa de interferir diretamente com as relações empresariais do concorrente.

Trazendo a discussão para o âmbito do direito brasileiro, que, assim como o direito americano, protege constitucionalmente o direito de petição e a inafastabilidade do Poder Judiciário, o Conselheiro recorreu ao voto do Conselheiro César Mattos nos autos do Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, para definir quais os critérios deveriam ser observados para a caracterização do ilícito concorrencial:

Em suma, deve-se verificar (i) se houve abuso do direito de ação, segundo os critérios de regularidade do exercício do direito de acordo com os fins legais (para tanto, o instituto da litigância de má-fé seria um bom parâmetro de comparação, embora o abuso de direito não necessariamente se restrinja apenas a esses parâmetros); e (ii) se há potencial de dano concorrencial derivado do abuso de direito de ação.⁵³

⁵³ Idem, Ibidem, p. 79

Além desses dois elementos, o Conselheiro Relator do caso ressaltou que há uma terceira evidência da prática abusiva do direito de ação com fins anticompetitivos, qual seja, *“ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro.”*⁵⁴

Observou, ainda, que há uma significativa diferença entre se reconhecer que o agente não possui determinado direito pleiteado e se reconhecer que o pleito é total e completamente desprovido de fundamento, tendo como único objetivo prejudicar seu concorrente de mercado:

O intérprete do caso deve, propositadamente, diferenciar de modo substancial essas duas situações, sendo bastante comedido, sob pena de limitar por demais o direito constitucional de petição, de inibir demasiadamente empresas e indivíduos de acessarem o Poder Público para terem seu pretenso direito interpretado (ainda que não tenham completa convicção de seu sucesso) e de gerar verdadeiro caos processual, com uma enxurrada desmedida de acusações de *Sham Litigation*.

Segundo o Conselheiro, haveria maior base para acusação de *Sham Litigation* por parte das montadoras de automóveis, caso estas manejassem ações judiciais amparadas, por exemplo, em registros de propriedade intelectual *“sabidamente não existentes, manifestamente inválidos de acordo com os requisitos de concessão da Lei de Propriedade Intelectual ou obtidos por meio de fraudes ou manipulação de procedimento de registro”*. Como, contudo, verificou-se que as montadoras possuíam registro de desenho industrial sobre determinadas autopeças, registradas no INPI de acordo com os requisitos da legislação de propriedade industrial, sem fraudes ou manipulações, não haveriam indícios suficientes de abuso de direito de ação com fins eminentemente anticoncorrenciais.

A despeito de ter afastado as acusações de *Sham Litigation* pelas montadoras de veículos, o relator do caso decidiu pela convolação da Averiguação Preliminar em Processo Administrativo⁵⁵, ordenando a remessa dos autos novamente à SDE para apuração de possível violação pela Fiat, Ford e Volkswagen aos arts. 20, incisos I, II e IV e 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94, uma vez que a desnecessidade de persecução de se apurar a prática de *Sham*

⁵⁴ Idem, Ibidem, p. 78

⁵⁵ Segundo o art. 30, *caput*, da Lei nº 8.884/94, vigente à época do julgamento do processo: *“A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para a instauração imediata de processo administrativo”*. Verifica-se, portanto, que o escopo da Averiguação Preliminar é fornecer elementos para o início do Processo Administrativo, caso se identifique indícios suficientes de prática anticompetitiva.

Litigation não afastava a necessidade de se apurar a conduta de abuso de posição dominante com vistas a dificultar ou impedir a atuação de concorrentes.

Atualmente, o caso encontra-se em fase de instrução na Superintendência Geral do CADE, que, com o advento da Lei nº 12.529/11 assumiu a competência da extinta SDE, a despeito de finda a discussão a respeito do *Sham Litigation*.

5. CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, conclui-se que o *Sham Litigation* foi um conceito criado a partir da análise casuística da jurisprudência norte americana, para se definir aquelas situações de exceção à *Noerr-Pennington Doctrine*. Esta concede imunidade de aplicação da legislação antitruste ao exercício do direito de petição, como forma de viabilizar a comunicação entre os indivíduos e o Estado. Isso quer dizer que afasta interferência antitruste da manifestação política dos cidadãos junto às autoridades governamentais.

Ocorre que, apesar de todos os esforços da doutrina e da jurisprudência norte americana, ainda é muito difícil se estabelecer critérios e padrões de prova contundentes para a comprovação da prática, que depende da análise das especificidades do caso concreto.

No que tange à incorporação do instituto ao ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que o *Sham Litigation* não está previsto em um único diploma legal, mas encontra reprimenda a partir da combinação de diversos dispositivos normativos. Primeiro, nosso texto constitucional assegura ao indivíduo a provocação do Poder Judiciário e outras esferas do Poder Público, para a proteção de direitos substantivos. Todavia, tais garantias não são absolutas e devem ser sopesadas com os limites estabelecidos pelo exercício regular do direito de ação que define quando há ou não abusividade na pretensão.

No caso do direito de ação, seu uso fraudulento para causar prejuízos a outrem e não para trazer benefícios ao seu titular caracteriza desvio de sua finalidade econômica e social originalmente pensada. Quando os prejuízos são direcionados à exclusão de agentes de mercado, então, além do desvio de finalidade, observa-se afronta aos bons costumes e boa-fé da sociedade, na medida em que representa uma barreira à livre concorrência e, conseqüentemente, ao bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, o *Sham Litigation*, por sua própria definição, nada mais é do que espécie de abuso do direito de ação, com fins a causar danos no mercado, uma vez que, ao conferir aos indivíduos o direito de acionar as instâncias governamentais, não era intenção do legislador criar obstáculos à concorrência. Assim, o uso fraudulento, como instrumento de ingerência negocial na atividade econômica dos concorrentes, do direito de ação atenta contra sua finalidade econômica e social, além de confrontar a boa-fé e os bons costumes difundidos na sociedade atual.

Tal atuação direcionada a causar prejuízos ao mercado é combatida pela atual legislação antitruste, que define como infração à ordem econômica atos manifestados sob qualquer forma que importem ou tenham potencial de importar danos à concorrência. A

generalidade da norma permite a inclusão da prática do *Sham Litigation* como ilícito anticoncorrencial, independente da forma como manifestado.

Apesar de incipiente na jurisprudência brasileira, o *Sham Litigation* é tema que, pelo seu ineditismo e complexidade, tem suscitado diversas discussões no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A polêmica que envolve a matéria reside justamente na dificuldade de se estabelecer padrões de prova contundentes que evidenciem a prática abusiva e, principalmente, no estabelecimento de limites a garantias previstas no texto constitucional.

O CADE já se deparou com a questão algumas vezes e teve que sopesar de um lado a garantia constitucional insculpida no art. 5º da Constituição e, de outro, a manutenção da livre concorrência e do bem estar do consumidor, a fim de combater os atos infrativos praticados por particulares. Recorreu à doutrina e à jurisprudência estrangeira e estabeleceu, em linhas gerais, que a comprovação da *Sham Litigation* depende da análise do comportamento do litigante no curso do processo, a partir da verificação da existência de fundamento jurídico minimamente aceitável para o ajuizamento de ação (juízo de plausibilidade) e da comprovação de criação de óbice artificial ao funcionamento do concorrente no mercado, para se averiguar se houve ou não desvio de finalidade do direito subjetivo de ação.

Ocorre que, mesmo diante de tais parâmetros, deve ser bastante criteriosa a identificação do ilícito, sob pena de se comprometer o exercício de um direito constitucional ou, no outro extremo, escudar abusos de direito, em detrimento da livre concorrência e do bem-estar do consumidor.

Para concluir o presente trabalho, gostaria de retomar os ensinamentos de JOSEPH P. BAUER e EARL KINTNER, segundo os quais implícita na noção de que as pessoas devem ser livres para buscar a ação governamental está o entendimento de que os meios impróprios não podem ser utilizados como forma de negar esse mesmo direito aos demais. Assim, quando a provocação à ação governamental é baseada em mentiras ou afirmações frívolas, o peticionário não está em verdade tentando exercer seu direito de petição. Nesses casos, em que os indivíduos estão se utilizando do aparato estatal e de seu direito de petição como subterfúgio para restringir direitos de outrem, a legislação antitruste não pode ser afastada. Entretanto, surgem alguns problemas na aplicação desses princípios e o primeiro deles envolve a dificuldade factual: quando a conduta do peticionário é apenas um simulacro do direito de petição?⁵⁶

⁵⁶ “Implicit in the notion that persons must be free to seek governmental action is the understanding that improper means will not be used to deny that same right to others. Furthermore, when appeals for government action are based on falsehoods or assert frivolous claim, the petitioner is not truly

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**, 7^a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

BAUER, Joseph P. and KINTNER, Earl. **Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine (1984)**. UC-Davis Law Review, Vol. 17, pp. 549-589, 1984. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1399556>. Acessado em 15.02.2013;

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, 2^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

GUTWEIN, Mathew R.. **The Commercial Exception: A Necessary Limitation to the Noerr-Pennington Doctrine**. Disponível em <http://www.repository.law.indiana.edu>. Acessado em 15.02.2013;

KLEIN, Christopher C. **The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases And Policy. Bureau of Economics Staff. Report to the Federal Trade Commission, 1989**. Disponível em: <HTTP://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf>. Acessado em 10 de dezembro de 2012;

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães. **Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector** European Competition Journal, Vol. 7, N°. 3, pp. 455-503, December 2011. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1994461>. Acessado em 15.02.2013;

attempting to exercise the 'right of petition'. Therefore, the Court has recognized that the antitrust law will not be displaced when persons are merely using their right to petition as a subterfuge to prevent others from having access to government officials or to prevent the government from taking any action. Similarly, certain forms of obtaining governmental action, such as bribery of a public official, perjury of witnesses, or active fraud, are so far removed from accepted channels as to fall outside the described immunity.

(...)

However, certain problems in application of these principles arise. The first problem is a practical one, which involves difficult factual determinations. When is the defendant's conduct a mere sham of true governmental petitioning?" BAUER, Joseph P. and KINTNER, Earl. **Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine (1984)**. UC-Davis Law Review, Vol. 17, pp. 549-589, 1984. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1399556>. Acessado em 15.02.2013

LIN FIDELIS, Andressa. **Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br>. Acessado em 15.02.2013;

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade - Função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006;

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Junior**, 11ª edição rev., ampl. e atual. até 17.02.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

ROSCHL, J. Thomas. **The EC's Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report - Wading Into The Thicket of The Antitrust/Intellectual Property Law Overlap**. Remarks of Commissioner, Federal Trade Commission. FIW – Innsbruck Symposium on Innovation and Competition Law Innsbruck, Austria. February 26, 2009. Disponível em <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090226innsbruck.pdf>. Acessado em 15.02.2013;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007;

Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report 2006. Disponível em <http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-PenningtonDoctrine.pdf>. Acessado em 15.02.2013;

The Noerr-Pennington Doctrine. Chapter VI. What Do We Mean By “Generally Immune”? The Exceptions to the Immunity. Disponível em http://www.ccsb.com/pdf/Publications/Antitrust/Noerr_Pennington_Doctrine.pdf. Acessado em 15.02.2013;

Brasil, Secretaria de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51. Representante: Seva Engenharia Eletrônica S/A. Representada: Siemens VDO Automotive Ltda. Relator: Cons. Fernando de Magalhães Furlan. DOU: 10.09.2010;

Brasil, Secretaria de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Auto-Peças – ANFAPE. Representados: Ford Motor Company Brasil Ltda., Fiat Automóveis S/A e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.;

Brasil, Supremo Tribunal Federal, AgR Pet nº 4556, Relator Ministro EROS GRAU, julgamento em 25.06.09, Plenário, DJE de 21.08.09;

Estados Unidos. United States Supreme Court. 365 U.S. 127. *Eastern Railroad Presidents Conferece v. Noerr Motor Freight*, nº 50, decidido em 20.02.1961;

Estados Unidos. United States Supreme Court. 381 U.S. 657. *United Mine Workers of America v. Pennington*, nº 48, decidido em 07.06.1965;

Estados Unidos. United States Supreme Court. 404 U.S. 508. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, nº 70-92, decidido em 13.01.1972;

Estados Unidos. United States Supreme Court. 508 U.S. 49. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* 50 (PRE), nº 91-1043, decidido em 03.05.1993;

Estados Unidos. United States Supreme Court. 633 F.3d 1042. *Aztrazeneca LP e Aztrazeneca AB v. Apotex, Inc. e Apotex Corp.*, nº 2009-1381, 2009-1424, decidido em 01.11.2010;

Estados Unidos. United States Supreme Court. 31 F.3d 800. *USS-POSCO Industries e BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council, AFL-CIO*, nº 92-15497, decidido em 26.07.1994.